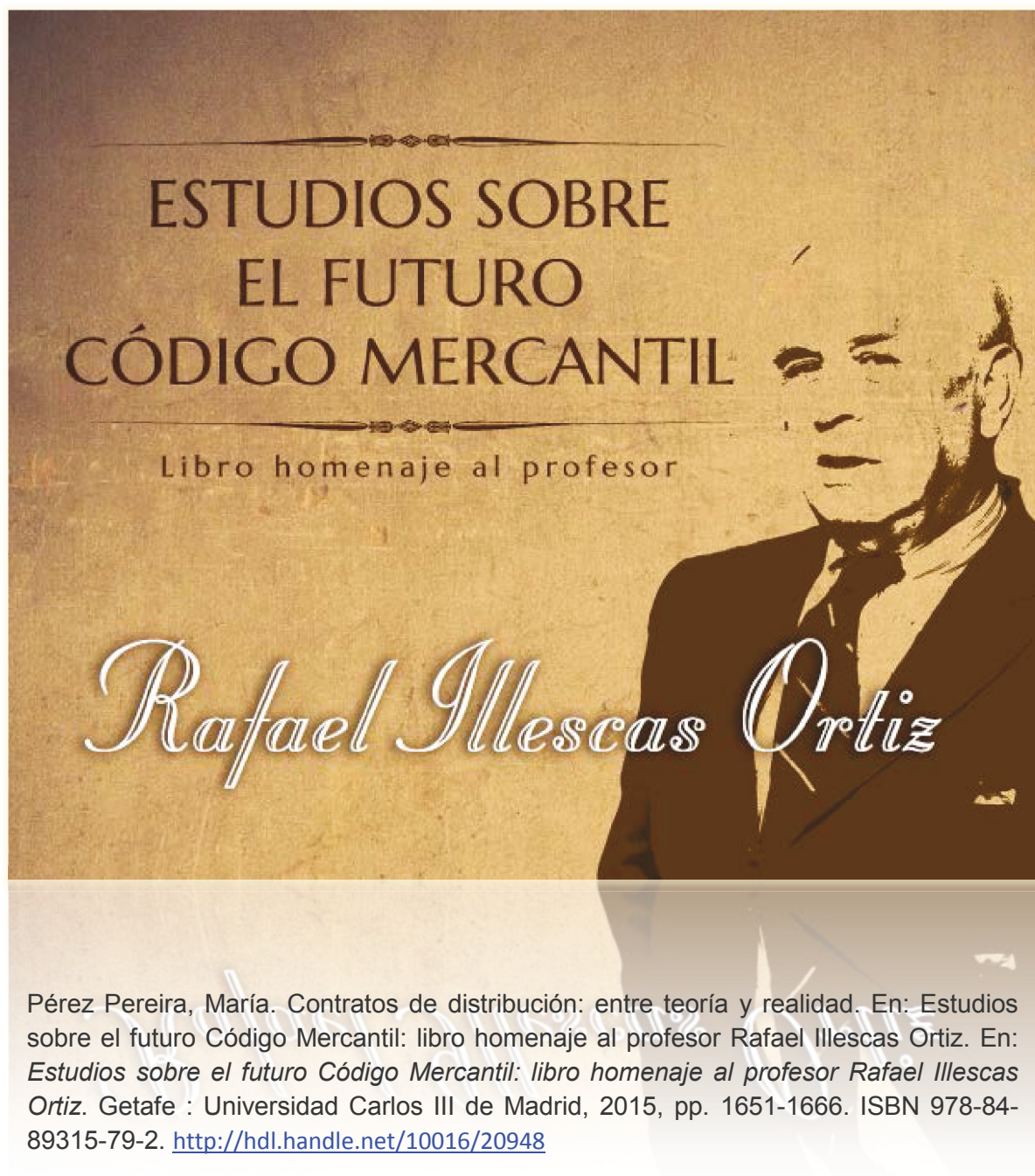




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Pérez Pereira, María. Contratos de distribución: entre teoría y realidad. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1651-1666. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20948>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: ENTRE TEORÍA Y REALIDAD*

MARÍA PÉREZ PEREIRA**

Resumen

La actividad comercial actual tiene un gran componente internacional, y esto hace que sea necesario revisar y tener presentes las bases de los contratos internacionales más utilizados, entre ellos, el contrato de distribución comercial.

Contenido

1. Introducción. – 2. Modalidades de contratos de distribución. – 3. La atipicidad en el contrato de distribución. – 3.1. Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. – 3.2. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). – 3.3. Normativa general sobre contratos. – 3.4. Normativa en materia de Derecho de la Competencia. – 4. Las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del contrato de distribución. – 4.1. Indemnización por daños y perjuicios. – 4.2. Indemnización por clientela. – 5. La distribución y el derecho de la competencia europeo. – 5.1. Acuerdos verticales. – 5.2. Un ejemplo: automoción. – 6. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia aludimos a la necesidad de ser globales, esto es, de poder actuar, celebrar negocios jurídicos más allá de nuestras fronteras patrias. Es verdad, en pleno siglo XXI, al igual que en la Baja Edad Media, los comerciantes celebran con relativa normalidad contratos comerciales internacionales. Nada nuevo. Sin embargo, desde hace ya varias décadas, el empresario, para el desarrollo de su actividad profesional y el crecimiento de sus negocios, necesita de terceros que le ayuden a desarrollar su tarea. Este tipo de actividad se circunscribe dentro de la categoría doctrinal de “contratos de colaboración”: realización de numerosos negocios jurídicos desde el

* Es un orgullo poder participar en este homenaje al profesor Illescas, mi maestro y mentor. Su rigor científico, su vocación, su dedicación y la infinidad de logros y reconocimientos son por todos conocidos y no hay duda de que Rafael es, por derecho propio, uno de los nombres con mayúsculas del derecho mercantil. Pero, más allá de esas inmensas cualidades académicas y científicas, si hubiera de destacar a Rafael es por su inmensa humanidad y bondad. Desde el comienzo de mi andadura universitaria, he aprendido del profesor Illescas no sólo -y mucho- Derecho mercantil, sino también sobre la vida universitaria. Gracias Rafael por tus enseñanzas.

** Profesora Adjunta de Derecho Mercantil. Universidad Francisco de Vitoria.

fabricante hasta el destinatario final de los productos o servicios, utilizando uno o más intermediarios. Es decir, la labor del intermediario o colaborador del empresario ha ido generalizándose además de especializarse por sectores, y se ha formado los denominados “canales o redes de distribución”¹.

En el ámbito de la distribución comercial juega un papel fundamental el derecho de la competencia², y especialmente las normas comunitarias reguladoras de la competencia, como veremos más adelante, puesto que, por criterios económicos, el empresario tenderá a una reducción de costes e incremento del beneficio, lo que lleva aparejado la estandarización de la producción, de los contratos y las características de las economías de escala.

Hasta hace poco tiempo, los contratos de distribución comercial (siendo una de las partes española), y tal y como señala GARCIMARTÍN³, suelen –solían- responder prácticamente todos al mismo patrón: una empresa de distribución nacional que tiene un contrato celebrado con una firma extranjera. Pese a esta afirmación, es necesario señalar que en la actualidad, también tenemos en España un importantísimo volumen de negocio de empresas españolas que celebran contratos con empresas de distribución más allá de nuestras fronteras.

Los contratos de colaboración mercantil se pueden clasificar de múltiples maneras, pero destacamos la siguiente por la importancia que tiene en el derecho comunitario y de la competencia: Según el grado de integración en la red de distribución:

- Distribución libre o extensiva: el intermediario es independiente desde el punto de vista jurídico como económico y no está propiamente incorporado a la red comercial del fabricante (ej. Agente, comisionista, etc.)
- Distribución integrada o en sentido estricto: “comprende todas aquellas fórmulas en las que terceros empresarios se incorporan a la disciplina y condiciones de un canal impuestas por el fabricante, perdiendo en mayor o menor grado su autonomía”⁴ (ej: distribución y franquicia)

En el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, de 29 de junio de 2011, y que posiblemente nunca llegará a convertirse en Derecho positivo⁵, encontramos la

¹ ALONSO SOTO, Ricardo, *Los contratos de distribución comercial*, en VV.AA. *Curso de Derecho Mercantil*, vol II. Civitas, 2ª ed., 2007, pág. 177.

² ALONSO SOTO, Ricardo, “Distribución comercial y derecho de la competencia”, disponible en www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DComp.pdf (consultada por última vez el 28 febrero 2015).

³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J, “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, disponible en http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/CONTRATOS-DE-DISTRIBUCIÓN-INTERNACIONAL_-COMPETENCIA-JUDICIAL-Y-LEY-APLICABLE.pdf (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015)

⁴ ALONSO SOTO, op. Cit., págs. 178-179.

⁵ No faltan críticas a este proyecto, especialmente por su excesivo formalismo, cuya aplicación dificultaría los contratos transnacionales. Vid. GOMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M, “Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de Anteproyecto de ley de contratos de distribución”, *InDret*, 1/2010, pág. 18.

misma clasificación que ya tenemos en el Draft Common Frame of Reference IV.E-2:101, distinguiendo entre:

- a) El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.
- b) El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.
- c) El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.
- d) El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.
- e) El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

Puede definirse el contrato de distribución⁶ como un acuerdo de voluntades entre empresarios por el cual uno de ellos (fabricante o productor) se obliga a la entrega de un bien al otro (distribuidor) para que éste lo revenda en una zona determinada a cambio de un precio. Es decir, el distribuidor adquiere los productos para su reventa, característica básica que lo distingue ya del contrato de agencia⁷. En el DCFR (IV.E-5:101 párrafo 1), se establece que se entiende por contrato de distribución el celebrado entre dos partes, proveedor y distribuidor, en el que se acuerda que la primera suministrará a la segunda ciertos productos o servicios de forma continuada y ésta se comprometerá a adquirirlos y suministrarlos a terceros por cuenta y en nombre propios.

Así, las características tradicionales del contrato de distribución comercial son:

⁶ Sobre los contratos de distribución, en general, vid. entre otros, IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil” en VVAA. *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid 1978, pág. 251-281; VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21, 2006 –monográfico dedicado al contrato de agencia, distribución y franquicia, además de las referencias existentes en las monografías generales sobre Derecho mercantil.

⁷ Una de las primeras sentencias en España de relevancia es AP Bilbao 26 noviembre 1992, en la que se define el contrato de distribución. Debemos destacar que en algunos países extracomunitarios, algunos autores han distinguido entre contrato de distribución y contrato de concesión comercial (vid. MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 153) aunque en España ambos términos se refieren al mismo contrato.

- Atipicidad contractual;
- Suministro continuado de bienes o servicios: el distribuidor **adquiere** los productos para revenderlos al destinatario de los mismos en nombre y cuenta propios: esto trae como consecuencia directa la asunción de los riesgos derivados del tráfico jurídico⁸;
- generalmente son contratos de adhesión⁹;
- se suele pactar en el contrato la cesión de derechos sobre activos intangibles¹⁰ del fabricante o productor, lo que presupone que estamos ante un contrato en el que la confianza juega un papel fundamental¹¹.

La cesión de los derechos sobre activos intangibles del fabricante, así como licencias de comercialización, pactos de exclusividad (territorial o temporal), puede llevar aparejada a medio o largo plazo la vulneración del derecho comunitario de la competencia (los casos más frecuentes son los relativos a la compartimentación de los mercados y restricciones abusivas contrarias a la competencia leal)¹².

Una vez conocidas las características de los contratos de distribución, es sencillo deducir el interés comercial de este tipo de contratos: el fabricante, por un lado, se beneficia de la distribución de sus productos sin necesidad de invertir en la creación material de una estructura; y por otro lado el distribuidor, al incorporarse a la red del fabricante, éste le ofrece el know how (entre otros activos) a la hora de organizar su actividad comercial y adquiere, crea o mejora la clientela del fabricante, eso sí, asumiendo el riesgo de las transacciones, dado que ha adquirido los productos del fabricante.

2. MODALIDADES DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

En la distribución comercial es necesario entender incluido tanto la distribución de bienes, como de servicios. Más aún, cada vez es más frecuente de emplear los acuerdos de distribución para la distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor (típico caso de obras musicales) o distribución de servicios financieros¹³.

⁸ De interés las sentencias españolas: STS 8 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 1998, 16 de diciembre de 2005 y 10 de julio de 2006, entre otras. En la Jurisprudencia europea, se refiere a esta asunción de los riesgos la antigua sentencia de 16 de diciembre de 1975 (Suiker Unie y otros vs. Comisión) y la sentencia de 24 de octubre de 1995 (Bundeskartellamt vs. Volkswagen AG y Vag Leasing GMBH) al hilo de una cuestión prejudicial.

⁹ Esto supone que será aplicable la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la Contratación.

¹⁰ Marcas, know-how, logotipos, etc.

¹¹ STS de 17 de mayo de 1999.

¹² En palabras de ALONSO SOTO (op.cit. pág. 192), “la creación de redes de distribución produce una ordenación de los mercados intermedios que genera un elevado riesgo de incurrir en prácticas contrarias a la libre competencia”.

¹³ Las modalidades que se pueden incluir en los contratos de distribución comercial, con o sin establecimiento físico son muchas y variadas. Esta apreciación ya la formuló PUYALTO FRANCO,

Se habla de los contratos de distribución, habida cuenta de las variantes que existen en función de los pactos contractuales, resultando especialmente importante el pacto de exclusividad, que puede afectar:

- a la adquisición de los bienes, productos o servicios por parte del distribuidor: el distribuidor se compromete a adquirir exclusivamente del fabricante los productos o servicios que vaya a destinar a la reventa.
- respecto de la reventa: el fabricante o productor se obliga a suministrar únicamente los productos al distribuidor dentro del territorio o tiempo pactados en el contrato
- también es posible que en el contrato de distribución coexistan tanto la exclusividad de compra como de distribución de los productos.

Si bien, al tratarse de un tipo de contrato regido básicamente por la voluntad de las partes, la exclusividad en los pactos dependerá de cada sector. Así, en el caso de la distribución de alimentos, es frecuente que existan acuerdos de exclusividad respecto de productos o gamas de productos concretos, pero no afectarán a la totalidad de la actividad desarrollada por el distribuidor.

Pese a las posibilidades de exclusividad, en el sector de la automoción, en el que nos centraremos a lo largo del trabajo por la importancia del derecho comunitario, la exclusividad suele operar tanto respecto de la exclusividad de la compra como de la distribución de los productos (basta simplemente un análisis empírico: los concesionarios de automóviles están vinculados en su gran mayoría a un único fabricante, no siendo muy frecuentes los concesionarios –denominados- multimarca).

3. LA ATIPICIDAD EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

El contrato de distribución o concesión comercial es un contrato atípico en toda la Unión Europea excepto en Bélgica¹⁴. La Unión Europea únicamente ha regulado el contrato de agencia, primo hermano del de distribución, a través de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁵, sin embargo no existen en el momento actual ningún tipo de

María José, *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, (VV.AA.), ed. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 1603.

¹⁴ La Loi relative à la résiliation unilatérales des concesssions de vente exclusive à durée indéterminée, de 1961 fue la primera y única reguladora de la materia en la UE y gran parte de los países de NNUU. Actualmente se derogó en 2014 por la Loi portant insertion du livre X “Contrats d’agence commerciale, contrats de coopération commercial et concessions de vente” dan le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre X, dan le livre Ier du Code de droit économique (DO 28 de abril de 2014). Resulta simpático saber que, en la práctica, para evitar la aplicación de la ley belga, las partes establecen que la ley aplicable al contrato es de otro país (donde no exista regulación). Así lo expresan MESTDAGH, Tillo y VERVA, Jacques en “Contrats d’agence et de distribution en France et en Belgique”, paper de la Chambre de commerce franco-belge du Nord de la France, pág. 13

¹⁵ Directiva que se transpuso ya en la práctica totalidad de los Estados Miembros de la Unión, regulándose en España en la Ley 12/1992 sobre contrato de agencia.

normativa comunitaria sobre los contratos de distribución comercial en la Unión¹⁶, salvo la ya aludida DCFR y un eterno proyecto de ley español.

Pese a ello, la Unión Europea, consciente de la importancia de estos contratos y de su incidencia en el mercado interior, publicó el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La evolución de la gran distribución y su impacto en proveedores y consumidores” (2009/C 175/10)¹⁷. Este dictamen todavía no ha tenido especial impacto entre el sector de fabricantes de productos y de distribuidores, dado que se centra en la perspectiva del consumidor o destinatario final.

Pese a una ausencia generalizada de regulación, en la Unión Europea sí existen algunas propuestas de armonización en el ámbito contractual (caso de los Principios Europeos de derecho contractual – (Principles of European Contract Law). Tales propuestas han sido consideradas en numerosas ocasiones como necesarias para el incremento de las relaciones comerciales intracomunitarias y la mejora de la protección de empresas y consumidores en el seno de la Unión¹⁸.

Así las cosas, a la hora de interpretar y conocer los contratos de distribución comercial hemos de atender en primer lugar a lo establecido por las partes en el contrato (principio de la autonomía de la voluntad de las partes, inspirador de nuestro Derecho así como de los países de nuestro entorno y, por supuesto, del Derecho de la Unión Europea) y en segundo lugar, en caso de lagunas, atender a los preceptos que pudieran resultar aplicables. Si estamos ante un contrato entre dos partes en la Unión Europea:

3.1. Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías:

Para poder hablar de su aplicación, hay que tener en cuenta que las partes pueden excluir su aplicación si así se acuerda expresamente, al igual que acordar un “opting in” para *forzar* su aplicación.

La doctrina más autorizada se divide entre los que opinan que sí es de aplicación la CNUCCIM a los contratos de distribución comercial, caso de PERALES VISCASILLAS, afirmando que “en la medida en que el contrato de distribución implique compraventa de productos estando éstos determinados así como su precio

¹⁶ Lo más cercano al contrato que aquí se estudia es la Ley modelo de UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia del año 2007, así como algún precepto en algunas normativas estatales, como nuestro art. 62.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

¹⁷ DOE C175, de 28 de julio de 2009.

¹⁸ A modo de ejemplo, vid. Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, DOUE COM (2010) 348 final de 1 de julio de 2010; REDING, Viviane, “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *Indret*, núm. 2/2011, abril 2011, págs. 3-8. GÓMEZ, Fernando y GANUZA, Juan José, “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”, *Indret*, núm. 2/2011, abril 2011, págs. 25 y 26; BUSSANI, Mauro y MUSY, Alberto, “Il Common Core dei diritti europei del contratto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, n° 3, setiembre 2000, págs. 537-538 y 545. Aunque ya es relativamente antiguo, no por ello debemos dejar de prestar atención a GAMBARO, Antonio. “Jura et leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo”, *Europa e diritto privato*, n° 4, 1998, págs. 993-1010.

(...), el contrato podrá considerarse bajo el ámbito aplicativo de la Convención de Viena, y por ello también las restantes obligaciones que se derivan del mismo”¹⁹. Sin embargo otros autores, como GARCIMARTÍN²⁰ consideran que la aplicación de la Convención de Viena no está exenta de dificultades prácticas, partiendo de la naturaleza misma de los contratos de distribución.

3.2. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

El conocimiento de este Reglamento es básico para los contratos en los que existe un marcado componente internacional, puesto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar libremente la ley aplicable a su contrato, sin embargo, respecto de los contratos de distribución comercial, además de la previsión del art. 2 del Reglamento (donde se establece que “la ley designada por el presente reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”), se establece que, a falta de elección por las partes, la ley aplicable será la del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual (art. 4.1.f) de Reglamento Roma I)²¹.

3.3. Normativa general sobre contratos

No es más que atender a lo establecido en el Código civil y código de comercio²². Esta afirmación no es banal. Pongamos el ejemplo de Brasil. En su código civil (del año 2002) se establece en su artículo 421 la “denominada función social del contrato”, la cual es desconocida para los europeos. Si a esto añadimos que el Decreto-Lei 4.657, de 4 de septiembre de 1942, de Introdução às normas do Direito Brasileiro establece en su artículo 5 que en la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales y a las exigencias del bien común, no debiera sorprendernos que en los casos en los que el

¹⁹ PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, “Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en VV.AA. en *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1236.

Hemos de señalar que en otro artículo anterior del año 2001, ya especificaba que la Convención no es aplicable a los contratos de distribución internacional, pero sí al contrato de compraventa concluido sobre la base del acuerdo de distribución, en “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015)

²⁰ Op. cit. Págs. 6 y 7.

²¹ En la doctrina vid. Por todos, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, págs. 11 a 13. Disponible en <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/CONTRATOS-DE-DISTRIBUCION-INTERNACIONAL-COMPETENCIA-JUDICIAL-Y-LEY-APLICABLE.pdf> (consultado por última vez 7 de mayo de 2015).

²² O normativa equivalente en el caso de estar ante un contrato cuya ley aplicable es la de otro país distinto a España. Por ejemplo: en el caso de Francia: Code Civile y Code de Commerce; en Italia, Codice Civile; en Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch o (BGB) o Handelsgesetzbuch (HGB); etc. En la Jurisprudencia comunitaria vid. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 14/76

distribuidor sea brasileño, ante la ausencia de normativa aplicable (incluso internacional) las resoluciones judiciales y en muchos casos arbitrales (si el árbitro es brasileño) tienden a proteger a sus empresas. Esto no es más que un ejemplo de la importancia de conocer los derechos nacionales en el momento de celebrar un contrato de distribución comercial internacional. Pequeños detalles hacen grandes las diferencias, y que el mercado, en pleno siglo XXI ya no sólo es Europa, sino todo el planeta.

3.4. Normativa en materia de Derecho de la Competencia

Una vez conozcamos las obligaciones que dimanen del contrato y la ley aplicable a las obligaciones, en función de lo establecido por el Reglamento Roma I, hemos de tener en cuenta la normativa comunitaria vinculada al antiguo art. 81 TCE y actual 101 TFUE. En un primer momento, puede considerarse que algunas de las cláusulas establecidas en los contratos de distribución comercial de vehículos de motor vulnerarían los principios básicos sobre competencia, sin embargo es necesario atenerse al párrafo 3 del art. 101 TFUE para advertir que, cuando los acuerdos entre empresas puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros (ver detenidamente párrafo 1 art. 101 TFUE) estarán prohibidos y se considerarán incompatibles con el mercado interior. Sin embargo, en algunos casos, tales acuerdos verticales (en nuestro caso), se permitirán siempre y cuando contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos y reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante (párrafo 3 del art. 101 FUE)²³.

Dada la importancia del Derecho comunitario de la competencia, dedicaremos el epígrafe 5º a su estudio más detenido.

4. LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

El principal problema que se plantea en los contratos de distribución está vinculado directamente a la extinción del contrato, y concretamente los problemas por las divergencias de opiniones entre fabricante y distribuidor respecto de las consecuencias indemnizatorias que corresponden al distribuidor en los casos en los que no se establece nada en el contrato al respecto.

La legislación existente en la materia de contratos de colaboración se centra, casi exclusivamente, en los contratos de agencia (y en los contratos de seguros). Sin embargo esta ley (basada en la Directiva del año 86) no debe resultar aplicable por analogía automáticamente a los problemas que se suscitan en el caso de los contratos

²³ GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, “Acerca del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, disponible en <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/Reglamento-330-2010-SERGIO.pdf> (consultada por última vez el 7 de mayo de 2015).

de distribución, puesto que ambos son contratos de colaboración empresarial, pero divergen en su contenido.

Llegados a este punto es necesario recordar que el Reglamento Roma I establece la aplicación en los contratos de distribución comercial, en caso de omisión en el clausulado, de la ley del domicilio del distribuidor.

España, habida cuenta de la importancia del sector de la automoción, es uno de los países pioneros en la redacción de un (todavía) Proyecto de ley de contratos de distribución²⁴, que aborda el principal problema que rodea a estos contratos: las indemnizaciones que corresponden al distribuidor en el caso de la extinción contractual.

Así, en el caso de la extinción del contrato surge la duda sobre cuáles deben ser las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del contrato de distribución. Estas son básicamente dos²⁵:

- Indemnización por daños y perjuicios.
- Indemnización por clientela.

Las divergencias entre las soluciones ofrecidas por las posibles regulaciones estatales pueden dar lugar a situaciones de elección de foro competente y ley aplicable de conveniencia.

4.1. Indemnización por daños y perjuicios

En relación con la posible indemnización por daños y perjuicios es necesario señalar que no siempre constan en los contratos celebrados por las partes, aunque evidentemente han de regirse por los principios generales del derecho de contratos.

Las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios en el ámbito de los contratos de distribución, especialmente aquéllos que incluyen pacto de exclusividad, se refiere a los daños que causa la misma resolución del contrato y que son distintas de las indemnizaciones que pudieran proceder por incumplimiento contractual²⁶. Son dos los tipos de daños y perjuicios posibles:

²⁴ En el año 2008 hubo una iniciativa parlamentaria para regular los contratos de distribución en España, una proposición de ley, pero tal proposición finalmente caducó, el mismo mes de abril que se presentó. Sin embargo, con la inclusión de la disposición adicional 16ª en materia de contratos de distribución en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el sector de la automoción reaccionó de tal manera que el propio Ministerio de Industria está elaborando el proyecto al que hacemos referencia, en relación directa con diversas asociaciones de fabricantes y distribuidores.

²⁵ Sobre la distinción entre ambos tipos de indemnizaciones en el caso de la distribución en exclusiva, STS de 21 de enero de 2009, comentada por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Mª Carmen, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 81, 2009, págs. 1201-1220. En la doctrina, CANDELARIO MACÍAS, Mª Isabel, “Sobre la reclamación indemnizatoria derivada del contrato de distribución en exclusiva”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 6, 2010, págs. 26-32; y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción por el contrato de distribución”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 12, 1993, págs. 217-234.

²⁶ Excepto en relación con el pacto del plazo de preaviso, si existiere.

- a. La falta de cumplimiento de un plazo de preaviso (en el caso de que la resolución sea anterior a la finalización del contrato o estemos ante un contrato de duración indefinida).
- b. En el caso de que el distribuidor hubiera realizado inversiones en su local de negocio mejoras en el desarrollo de la actividad y que éstas no hubieran podido ser amortizadas.

En el primero de los casos, el plazo de preaviso ha generado abundante jurisprudencia, puesto que lo más habitual es no establecer ningún plazo de preaviso, y únicamente quedaría como solución aplicar, por analogía, la ley del contrato de agencia, lo que no resulta deseable, habida cuenta de que únicamente ha de recurrirse a la analogía en casos excepcionales y no de manera automática y directa (vid. *Infra*).

El legislador español, raudo y veloz en numerosas ocasiones a la hora de legislar, ha tenido que rectificar²⁷, aunque esto sea cosa de sabios. En este caso, hemos de tener en cuenta el eterno proyecto de ley sobre contratos de distribución, que establece en su art. 25 las situaciones en las que corresponderá una indemnización por daños y perjuicios, que se centran en la Jurisprudencia tanto nacional como de otros países de nuestro entorno²⁸ en relación con la procedencia de tal reclamación, lo que parece un acierto del legislador.

Art. 25. Indemnización por daños y perjuicios.

1. Cuando el contrato de duración determinada sea denunciado sin justa causa antes de la finalización de su plazo o el contrato de duración indefinida sea denunciado sin respetar los plazos de preaviso pactados, o sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a exigir una compensación adecuada para resarcirse de los daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de la resolución del contrato.
2. A los efectos de cuantificar tales daños y perjuicios, se podrán tener en cuenta las inversiones específicas no amortizadas. Se considerarán inversiones específicas las realizadas en interés del negocio del denunciante que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor. No tendrán la consideración de inversiones específicas, las inversiones ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas de amortización establecidas ni, en ningún caso, las inversiones genéricas propias del devenir empresarial del distribuidor.

La Jurisprudencia española se ha pronunciado en este sentido, destacando la SAP Madrid de 29 de abril de 2013

²⁷ Por ejemplo, con la elaboración rapidísima del RDL14/99 en materia de firma electrónica, pocos meses antes de la publicación de la Directiva sobre la materia, tuvo que derogar el texto para adaptarlo a la Directiva comunitaria 1999/93/CE.

²⁸ Tribunal Federal suizo, sala Civil, Sentencia de 22 de mayo de 2008. A pesar de no ser una sentencia de un Estado Miembro de la Unión, esta sententencia es interesante por sí misma, así como la peculiaridad de ser Suiza miembro del EEE.

4.2. Indemnización por clientela

La Jurisprudencia española parece clara en relación con la posible aplicación analógica de la Ley 12/1992, pues establece que es posible el recurso a la aplicación analógica siempre y cuando éste sea excepcional y se cumplan los requisitos establecidos en el art. 28 de dicha ley²⁹.

Art. 25 Indemnización por daños y perjuicios

3. La terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación.

No obstante, con carácter excepcional, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes
- b) que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura indebida del contrato.
- c) que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año.

En este caso, el prelegislador español trata de establecer una postura única, respecto de la procedencia de la reclamación de una indemnización por clientela en el caso de los contratos de distribución, sin embargo las situaciones en las que concurren las circunstancias expuestas son las mismas que las que se establecen en el art. 28 de la Ley del contrato de agencia, lo que plantea la necesidad de regular de forma idéntica el contrato de distribución y el contrato de agencia, cuando la Directiva comunitaria no previó tal circunstancia y, por ello en el año 86 se limitó a la regulación del contrato de agencia (vid. art. 1 Directiva 86/653/CEE). Más aún, en la Ley de transposición de la Directiva se establecen los criterios para la indemnización máxima, previsión que desaparece en el caso del borrador de proyecto de ley sobre contratos de distribución y que, sin duda alguna, generará conflictos sobre si ha de aplicarse por analogía la ley del contrato de agencia, o por el contrato, al no existir previsión, no podemos considerar la existencia de indemnización máxima, no resultando adecuada ninguna de las dos soluciones. Pese a ello, es necesario destacar que la Jurisprudencia española, en por ejemplo, la STS de 3 de marzo de 2011, considera que la duración del contrato no es óbice para aplicar la Ley del contrato de agencia y así proceder a la indemnización por clientela por aprovechamiento del fondo de comercio.

²⁹ STS de 4 de marzo de 2009, 15 de octubre de 2008, STS de 12 de julio de 2010, 29 de septiembre de 2010 (véase la sentencia del JPI nº 3 de Arganda del Rey, de 27 de febrero de 2007). También STS de 22 de febrero de 2010, y el comentario realizado por ARROYO VENDRELL, Tatiana, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, 2010, págs. 1817-1832. Vid. También, el comentario a la STS de 12 de julio de 2010 realizado por GARCÍA VICENTE, José Ramón, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 85, 2011, págs. 609-626; SERRANO SANTAMARÍA, Ana, “La denuncia unilateral del contrato de distribución y la indemnización por clientela: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 26, 2011, págs. 311-320.

Sea como fuere, en relación con el derecho a la percepción de la indemnización por clientela, también existen sentencias que abogan por aplicar este derecho únicamente a los contratos de agencia, sin que quepa, en estos casos, una aplicación analógica del art. 28 de la LCA³⁰. ALONSO SOTO, recoge el Acuerdo de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2005, que establece que “no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares”³¹ posicionándose en la misma línea de pensamiento, con el que concordamos plenamente.³²

5. LA DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

El principal problema que se plantea en los contratos de distribución o concesión comercial es que, el hecho de incorporar pactos de exclusiva, puede afectar o alterar la libre competencia³³ y, además, pueden darse casos de competencia desleal (especialmente en lo relativo a la fijación de precios y mejores condiciones en función de los resultados alcanzados por los distribuidores).

En este epígrafe se comentarán en primer lugar las cuestiones generales a las prohibiciones de acuerdos verticales y en segundo lugar las especialidades en el caso del sector de la automoción.

En relación con el derecho de la competencia sí tenemos normativa (aunque relativamente dispersa) a la que debemos sujetarnos, habida cuenta del riesgo que tiene para la competencia leal los pactos de exclusividad tan habituales en los contratos de distribución.

En primer lugar, los antiguos art. 81 y 82 TCE³⁴, sustituidos por los art. 101 y 102 TFUE³⁵, relativos a acuerdos prohibidos y prácticas abusivas, respectivamente,

³⁰ Sentencias TS de 10 de febrero de 2002 y 27 de octubre de 2005

³¹ Será necesario, además, que el distribuidor sea capaz de probar que la clientela ha sido creada por él mismo y que tal clientela es susceptible de seguir produciendo ventajas sustanciales al suministrador.

³² ALONSO SOTO, Ricardo, “¿Sigue existiendo o no indemnización por clientela en la terminación de los contratos de distribución?”, disponible en http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sigue_existiendo_o_no_indemnizacion_por_clientela_en_la_terminacion_de_los_contratos_de_distribucion.pdf, pág. 2, (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015).

³³ Desde la perspectiva del Reino Unido, vid. por todos (a pesar de la “antigüedad”), WHISH, Richard; SUFRIN, Brenda, *Competition Law*, 3ª ed. Butterworths, London, 1993, págs. 536-597 y KORA, Valentine; O’SULLIVAN, Denis, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford, 2002, págs. 57-121 y 297-298.

³⁴ En relación con los acuerdos prohibidos ha de destacarse también el Reglamento Comunitario 2790/99, sobre la aplicación del art. 81 TCE sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas. Este Reglamento comunitario fue determinante para que el legislador español promulgase el RD 378/2003 de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. Este RD del año 2003 está actualmente parcialmente derogado por el RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

son las normas básicas sobre el derecho comunitario de la competencia. La distribución comercial de productos cuando se incorporan pactos de exclusividad es muy posible que entren a vulnerar el art. 101 TFUE, sin embargo es necesario el mantenimiento en el seno de la Unión Europea de los canales y acuerdos de distribución por la importancia económica que tienen para la buena marcha de la economía en los Estados Miembros, y, por ende, en el mercado interior.

Por estos motivos, la propia Unión Europea establece, a través del instrumento de “exención por categoría” una especie de excepciones a la aplicación del art. 101 y 102 del TFUE. Es decir, es posible incurrir en actuaciones incompatibles con el mercado interior, pero en determinadas condiciones y para determinados sectores económicos, se permiten acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Para evitar que la excepción por categorías pueda provocar una situación de oligopolio en el mercado interior, se establecen una serie de pautas en el ámbito de los contratos de distribución (para el sector de los vehículos de motor), de manera que no se podrán beneficiar de la exención por categorías en los casos de:

- acuerdos de distribución realizadas por proveedores en un mercado en el que se exceda del 30% del mercado relevante (ámbito nacional)
- que los proveedores que impongan en sus contratos la distribución de productos de una única marca durante más de cinco años
- que el proveedor imponga obligaciones de distribución de marca única especialmente ideadas para excluir a posibles nuevos competidores

Además hay que señalar que en el caso de que las obligaciones de marca única cubran más del 50% de un mercado dado, la Comisión podrá adoptar un reglamento que declare la exención por categorías inaplicable a los acuerdos que contengan tales cláusulas.

5.1. Acuerdos Verticales

Conforme a lo establecido en el antiguo art. 81 TCE, actual art. 101 TFUE, establece que “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior (...) que consistan –a los efectos que aquí nos interesan- en:

- fijar precios de venta o condiciones de transacción
- controlar la producción
- repartirse los mercados
- etc.

³⁵ Vid. el Reglamento UE 46/2010, de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DOUE L 129, de 28 de mayo de 2010).

En nuestro caso, en los contratos de distribución los acuerdos verticales consisten generalmente en el establecimiento de precios de venta a los destinatarios de los productos³⁶, control de la producción³⁷ y distribución de los mercados³⁸. Al necesitar el fabricante infringir el art. 101 TFUE a la hora de celebrar contratos de colaboración empresarial bajo la denominación de “contrato de distribución”, es necesario que el legislador comunitario establezca un régimen de salvedades o excepciones al cumplimiento de dicho precepto en función del sector ante el que nos encontremos³⁹.

5.2. Un ejemplo: automoción

Es de tal relevancia el sector de la automoción en la Unión Europea, que se han tomado algunas medidas, a través de “directrices suplementarias” permitiendo algunas restricciones en este sector, que, en principio estarían prohibidas ateniéndonos al art. 101 TFUE y que vienen a armonizar y unificar la interpretación de normativa comunitaria dispersa en la materia. Así, ha de destacarse la Comunicación de la Comisión “Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor” (2010/C 138/05)⁴⁰. Estas directrices se aplicarán a partir del 1 de junio de 2013, dado que el Reglamento 1400/2002 mantendrá su vigencia hasta esta misma fecha.

En el sector de la automoción, han de destacarse, además de estas directrices, los Reglamentos 461/2010⁴¹, el Reglamento 330/2010⁴² (en este caso es un Reglamento de exención general por categorías para acuerdos verticales); y el Reglamento 1400/2002⁴³.

³⁶ Típico ejemplo es el de los anuncios publicitarios de vehículos de motor, indicando el precio del vehículo (eso sí, para evitar la vulneración del precepto comunitario indican “precio de venta recomendado”).

³⁷ No es especialmente aplicable en el caso de la distribución de vehículos de motor, pero sí en el caso de productos tecnológicos, por ejemplo, en el caso de numerosos productos de Apple.

³⁸ La mera inclusión en el contrato del pacto de exclusividad ya supone la restricción de la distribución del producto en el mismo territorio por un tercero, de manera que se produce una efectiva distribución de los mercados.

³⁹ ZANARONE, Giorgio, “Vertical Restraints and the Law: Evidence from Automobile Franchising”, *Journal of Law and Economics*, vol. 52, 2009, págs. 691-699.

⁴⁰ DOUE C138, de 28 de mayo de 2010.

⁴¹ Reglamento 461/2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. (DOUE L 129, de 28 de mayo de 2010)

⁴² Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L102, de 23 de abril de 2010).

⁴³ Reglamento CE 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del artículo 81 apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor (DOCE L 203, de 1 de agosto de 2002).

Son especialmente interesantes los considerandos 13 a 17 del Reglamento 461/2010, puesto que se establecen los motivos por los que es necesario establecer las exenciones para las categorías de vehículos de motor, recordando los criterios que se establecen en el Reglamento 330/2010⁴⁴:

- Respecto del umbral de cuota de mercado:
 - la parte de mercado del proveedor no podrá superar el 30% del mercado de referencia en el que vende los productos
 - la parte de mercado del comprador no podrá superar el 30% del mercado de referencia en el que adquiere los productos
- Respecto de los pactos
 - Restringir la facultad del comprador de determinar el precio de venta⁴⁵
 - Restringir el territorio en el que el comprador pueda vender los productos, excepto en determinados casos (art. 4 b))
 - Restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales en el caso de distribución selectiva multinivel, “sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado”
- Respecto del pacto de no competencia
 - No puede ser superior a cinco años⁴⁶.

Con la regulación del pasado año, se pretende que en los contratos de distribución en los que el distribuidor únicamente reventa productos de una misma marca, no puedan ser susceptibles de excluir a nuevos competidores o a marcas con una menor cuota de mercado. Incluso, en el caso de que se llegase a la exclusión de productos de marcas competidoras, podrá derogarse el beneficio de la exención por categorías por parte de las autoridades de competencia (en España, Comisión Nacional de la Competencia) al fabricante de automóviles que lleve a cabo tales prácticas. Más aún, en el caso de que se abarque más de un 50% de cuota de mercado, se establece que la propia Comisión podrá adoptar un Reglamento que declare inaplicable la exención por categorías a los fabricantes de vehículos automóviles.

Es especialmente reseñable la tutela que tiene la Unión europea sobre la actividad de fabricación y distribución vehículos de motor, y una muestra más sobre ello es la elaboración de las Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de

⁴⁴ Se señalan únicamente los que han dado pie a mayor número de decisiones jurisprudenciales o arbitrales.

⁴⁵ Añade el art. 4 a) Reglamento 330/2010, “sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos (...)”.

⁴⁶ Este límite es especialmente interesante puesto que en la legislación italiana la duración máxima de un pacto de no competencia, así como en el caso de que las partes no lo pacten, es de 6 años.

distribución de recambios para vehículos de motor⁴⁷, en las que se vuelve a insistir en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías 461/2010.

6. CONCLUSIONES

Estamos ante un contrato atípico en el que, con el comienzo del milenio, han comenzado algunas tentativas de codificación.

Es un contrato que por su propia naturaleza jurídico-económica es capaz de alterar la competencia, por la necesidad que tiene el fabricante de celebrar acuerdos verticales con los distribuidores.

Que, habida cuenta de lo anterior y de las graves repercusiones jurídico-socio-económicas que traería consigo la aplicación, especialmente, del art. 101 TFUE, la UE ha elaborado diversos reglamentos de exacción por categorías, como por ejemplo, el relativo a los vehículos de motor.

Que, gracias al Reglamento Roma I, en caso de que la partes no pacten la ley aplicable al contrato, será de aplicación a las obligaciones contractuales, la ley del lugar de residencia habitual del distribuidor.

Que, a pesar de lo establecido en el Reglamento Roma I, queda pendiente la determinación del foro competente, puesto que en el Reglamento no se concreta en el art. 4 si se refiere únicamente a la ley aplicable al contrato o, de forma menos restrictiva, también sería el foro competente⁴⁸.

Realmente quedaría pendiente resolver la siguiente cuestión: ¿Sería necesaria la elaboración de una Directiva o Reglamento comunitario en materia de contratos de distribución? ¿Y una convención internacional?

- Sí, puesto que aportaría una mayor seguridad jurídica a nivel del mercado interior, en el que los contratos de distribución tienen gran importancia.
- Sí, para diferenciarlos definitivamente del contrato de agencia y dejar de aplicar por analogía excepcional (que acaba siendo habitual) la Directiva o ley del contrato de agencia.
- No, porque es un contrato atípico de gran importancia para el comercio internacional y entorpecería las relaciones comerciales con terceros Estados no miembros de la UE. Sin embargo sí podría ser útil una Convención internacional, al menos, de mínimos que sienta las bases en materia de obligaciones contractuales y sobre las consecuencias indemnizatorias en los casos de finalización del contrato.

⁴⁷ Esta comunicación de la comisión es la 2010/C 138/05, DOUE C 138, de 28 de mayo de 2010.

⁴⁸ Vid. CALVO CARAVACA, *op. Cit.*, pág. 133.